

# DISCUTIENDO DE DEMOCRACIA. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES \*

**Massimo La Torre**

*Instituto Universitario Europeo, Florencia*

SUMARIO: 1. Premisa.—2. El método democrático.—3. Instituciones y sociedad civil.—4. De nuevo sobre la división de poderes.—5. Transformación social y libertades civiles.

## 1. Premisa



ACE algún tiempo, en el curso de una acalorada discusión con algunos amigos, nos ocupábamos de la «universalidad» del método democrático y de su validez respecto a la construcción de una sociedad de seres humanos libres. Nos preguntábamos, sobre todo, si podía atribuirse a determinados valores una validez universal. (Atribuíamos a «universalidad» el sentido no tanto de validez «para todos los tiempos y para todos los lugares» cuanto de «universabilidad», o de «universal acep-

---

\* Agradezco a mi amigo el profesor Javier Ansuátegui Roig las observaciones y sugerencias. Del contenido del artículo soy, de cualquier manera, el único responsable. Traducción de Fco. Javier Ansuátegui Roig.

tabilidad»). Y como todos respondíamos afirmativamente, alguno situaba como principal entre estos valores «universales» el método democrático; el cual —se afirmaba— nos dotaría de un instrumento seguro de juicio respecto a cualquier sistema político y social. He aquí precisamente aquello sobre lo que en primer lugar querría fijar la atención de quien me lee.

«Universalidad» puede atribuirse a los valores. Estos son «ideas-fuerza», la libertad es un valor, y también la igualdad. Llamo «valores» a todo lo que está destinado a orientar el comportamiento del hombre y que es enunciable mediante reglas universalizables, allí donde se adopte la noción de la universalizabilidad que la interpreta como la posibilidad de alcanzar un consenso entre todos los interesados en una situación discursiva ideal (caracterizada por una misma dignidad, imparcialidad y libertad de los sujetos). El método democrático —entendido como mecanismo de representación de voluntades e intereses y como instrumento para lograr decisiones vinculantes— es antes de nada un instrumento de aplicación y de realización de valores y de principios entre los que ocupa un puesto importante *la libertad*. La libertad (principio ético, o «valor») se realizaría así a través del empleo del método democrático. De esta manera, el método democrático puede ser concebido como el resultado de la adhesión a principios universalizables, y no como uno de estos principios.

Entre libertad y método democrático parece mediar la misma distancia que entre la ética y la política <sup>1</sup>. Dicha distinción se advierte por los mismos teóricos liberales que no califican su Estado como «ético» sino como «Estado de Derecho». Mientras que el denominado «Estado ético» realiza en sí mismo la justicia y los más altos valores y por consiguiente la actividad del Estado es intrínsecamente *justa* (el Estado llega a ser un fin en sí mismo, incluso el fin por excelencia), en el Estado de Derecho las dos esferas de la ética y de la política permanecen claramente diferenciadas y el Estado se configura como uno de los medios para la realización de aquellos valores que tienen su sede natural (de expresión y de realización) en la sociedad civil y en última instancia en la conciencia de cada individuo. Haciendo nuestra una distinción propuesta recientemente por John Rawls, podríamos quizás añadir que el método democrático es expresión de una «*political conception*» y no de una «*comprehensive theory*» vinculada a una concepción sustancial del bien y de la moral <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la relación entre ética y política, cfr. N. BOBBIO: «Ética e política», en *Ética e política*, a cargo de W. Tega, Pratiche, Parma, 1984.

<sup>2</sup> Véase J. RAWLS: *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 12.

Utilizando el método democrático como prisma valorativo es posible calificar dos regímenes políticos de manera que definamos al uno «democrático» y al otro «iliberal», únicamente mediante el análisis de sus mecanismos legislativos. No se puede hacer lo mismo, con un prisma semejante, en relación los otros ámbitos de la trama social, respecto a la estructura económica, a los grupos primarios, a fenómenos como la alienación económica y la represión sexual. ¿Cómo se haría, utilizando la medida de la adecuación a la voluntad de la mayoría, para afrontar la problemática de la organización familiar? ¿Quizá la represión interna en un grupo primario depende de la mayor o menor aplicación del método democrático? ¿Y cómo establecer a través de éste el carácter de la dependencia entre salario y capital? Si por el contrario sustituimos dicho método por la *libertad*, si por lo tanto sustituimos el método democrático por el valor, nuestra capacidad de juicio y de análisis se amplía considerablemente. ¿Es *libre* el asalariado? ¿Es *libre* la mujer? Ciertamente, previamente, será necesario llegar a un acuerdo sobre el significado que se atribuya a un término tan utilizado como el de libertad. Sin embargo permanece la diferencia entre el instrumento jurídico y el valor, entre la particularidad y la universalidad.

A partir de esta premisa puede extraerse la siguiente conclusión. La libertad como valor es potencialmente expansiva y desencadena una fuerza global; el método democrático, al contrario, precisamente respecto al valor «libertad», constituye una reducción, un marco reducido en cualquier medida. Es decir, el método, o mejor este método, puede traicionar la energía, la potencialidad, la universalidad del valor. Ello ocurre tanto en el plano *práctico*, donde el método democrático constituye una reducción de las posibilidades de la libertad, como en el plano teórico, donde el método democrático es el criterio de análisis restringido e insuficiente de la libertad. Corroborar en parte esta tesis la historicidad del método democrático, su aplicación concreta solamente a sociedades comprendidas entre el siglo xvii y el xx<sup>3</sup>. Tal constatación, sin embargo, no nos compromete con ninguna forma de historicismo: mientras que el instrumento político se adecua perfectamente a la historia, de la cual es un reflejo (existe *por la* historia), el valor, el principio ético, actúa dinámicamente respecto a ésta (se encuentra, en cierta manera *contra* la historia).

3 Sobre ello continúan siendo válidas las observaciones de F. STAME: «Democrazia autoritaria e movimenti di libertà», en *Quaderni Piacentini*, aprile 1977, y en particular, pp. 18-19. Para Stame «es indudable que las técnicas jurídicas formuladas por el pensamiento liberal son completamente incapaces para controlar los fenómenos de expansión incontrolada del poder de las sociedades modernas» (ibid., p. 18).

Ciertamente, la distinción entre «valor» y «método» apenas esbozada es algo vaga, si no realmente oscura. Quizá es mejor, por lo tanto, hablar de dos tipos distintos de valores: *morales* y *epistémicos*. Los valores morales son principios inmediatamente directivos de la acción. (Sin embargo pueden requerir para operar en un caso particular, y guiar conductas concretas, una especificación ulterior.) Los valores «epistémicos» son los principios que nos orientan no tanto en la acción, cuanto en el proceso de identificación de los valores morales, en su especificación, y en la deliberación en relación con éstos. Podríamos decir por lo tanto que la democracia más que constituir un «valor moral», representa un «valor epistémico», un valor por consiguiente subordinado e instrumental respecto al precedente, funcional en relación con su «conocimiento» <sup>4</sup>. Podríamos sostener por el contrario que la libertad, o todavía mejor la autonomía, representa un verdadero y auténtico valor moral.

En este punto no puede ser omitida una contraposición muy importante para esta nuestra discusión preliminar: aquella entre democracia formal y democracia material <sup>5</sup>: la primera incluiría criterios procedimentales para la producción de normas (principio de legalidad, principio de mayorías, representación) prescindiendo de éstas; la segunda, además de introducir los criterios exigidos por la democracia formal, condicionaría también el contenido de la legislación mediante principios y normas constitucionales referidas esencialmente a derechos fundamentales y necesidades primarias de los ciudadanos. Ahora bien, esta distinción no altera los términos de nuestra discusión, puesto que la democracia formal coincide «grosso modo» con lo que hemos llamado «método» y al cual se le puede atribuir valor «epistémico», mientras que la democracia material supera a la formal precisamente en cuanto apela a lo que anteriormente llamábamos «valor», es decir, a principios morales, como la libertad, la autonomía, la igualdad, la solidaridad.

Esta última contraposición es un signo elocuente de los problemas que se le presentan a una concepción democrática «pura» centrada en procesos de decisión colectiva, en presupuestos «epistémicos», y no en valores *morales*, por consiguiente no en sus *contenidos*. La distinción entre «democracia formal» y «democracia material» propone de nuevo aquélla entre dos conceptos de

---

4 Sobre el «valor epistémico» de la democracia, véase C. S. NINO: «The Epistemic Value of Democracy», en *Ratio Juris*, 1991, pp. 36-51. Cfr. también C. S. NINO: «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», en *Ratio Juris*, 1994, en particular, pp. 36-37.

5 Sobre esta distinción, véase, por ejemplo, L. FERRAJOLI: «Il diritto come sistema di garanzie», en *Ragion pratica*, 1993, pp. 143 y ss.

«Estado de Derecho»: uno «formal», que se basa en la correspondencia con la ley (entendida como actos revestido de ciertas formas y producido en virtud de ciertos procedimientos), en el cual, por tanto, «derecho» equivale a «ley»; el otro «material», que ciertamente también se basa en la correspondencia con la ley, pero que posteriormente la interpreta no como acto formal, o no sólo como acto formal, sino principalmente como «derecho», como acto de justicia. En un caso la ley es «ley en sentido formal», en el otro «ley en sentido material»<sup>6</sup>.

## 2. El método democrático

Preliminarmente, si bien muy sistemáticamente, podemos individualizar dos aspectos de éste, es decir dos sectores que van a componer el método democrático, y por consiguiente a constituir un régimen político democrático: el sector institucional en el plano de la sociedad política, y el sector extra-institucional en el plano de la sociedad civil. Un tercer aspecto, adicional, es el del posible empleo del método democrático como instrumento de transformación de la sociedad.

Antes de nada es necesario recordar que el método democrático presupone el concepto de «ley» o de decisión colectiva vinculante. Se compone, por tanto, de un conjunto de reglas de procedimiento cuyo resultado principal, refiriéndonos a la definición de Norberto Bobbio, es la ley<sup>7</sup>, es decir, una disposición dotada de fuerza vinculante para el grupo que la ha determinado. Pero ¿en qué se sustancian esas reglas? En dos mecanismos principales: la delegación de poder (la representación política) y el principio mayoritario.

La delegación de poder (la representación política) se concreta en una transferencia de la voluntad de un sujeto (el representado, o electorado activo) hacia otro sujeto (el representante, o electorado pasivo). De esta manera la terminología de la doctrina constitucionalista con su clasificación electorado pasivo/electorado activo oscurece de algún modo la relación real de poder

---

6 Para una distinción en estos términos de «ley en sentido formal» y «ley en sentido material», véase F. NEUMANN: *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986.

7 Para Norberto Bobbio, el significado «preponderante» de democracia es el de un «conjunto de reglas procedimentales destinadas a la consecución de ciertos resultados, de los cuales el más importante es la aprobación de decisiones que afectan a toda la colectividad (que, en resumidas cuentas, son, en términos técnicos, las «leyes»)» (N. BOBBIO: *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino, 1976, p. 44).

que media entre los dos sujetos: la «pasividad» de la cesión y lo «pasivo» de la disminución de poderes se convierten en «actividad», y la «actividad» de la adquisición y lo «activo» del aumento de poderes se hacen «pasividad». El principio de la soberanía popular tiene una fuerte carga libertaria. El mecanismo de la soberanía nacional (según el cual el poder legislativo, incluso en su origen, no reside en el cuerpo electoral sino en la Asamblea de los diputados, no en el pueblo sino en la Nación) convierte este principio en una fórmula de organización del Estado <sup>8</sup>. La representación política —desde este punto de vista— asegura la autonomía de los representantes y los transforma en dirigentes. La preocupación no es la de comunicar elegido y elector, sino la de hacer imposible aquí una relación jurídica entre ellos (la representación política, desde el punto de vista jurídico, no es representación) «pues es solamente en ausencia de un preciso, explícito y formal vínculo jurídico, como la relación de representación política puede mantener la articulación (...) que le consienta recorrer el trayecto que transforma los superiores (los electores) en sometidos (en súbditos), aquellos que deberían ser mandados (los representantes) en mandantes (en legisladores)» <sup>9</sup>.

En el interior de un determinado grupo es deseable que la base de la representación política sea lo más extensa posible (si bien el Estado liberal surge sobre un electorado activo y pasivo extremadamente reducido, por lo que se puede deducir que la extensión del electorado no constituye un elemento esencial), y que la minoría tenga la posibilidad, aún debiendo someterse a la voluntad de la mayoría, de mantener igualmente sus posiciones, e incluso pueda transformar la relación con la mayoría sustituyéndola en las aprobaciones de los electores y por consiguiente en la posesión del Ejecutivo. En este punto se muestra claramente la diferencia entre el «centralismo democrático» del marxismo leninista y la praxis democrático-liberal, allí donde el primero anula la existencia política misma de la minoría (y su expresión ideológica) prohibiéndole mantener sus tesis en lo sucesivo. La diferencia sustancial entre «centralismo democrático» y «método democrático» reside en el hecho de que en el primero la minoría sucumbe política e ideológicamente (éticamente), en las acciones y en las ideas, mientras que en el segundo sucumbe solamente políticamente, solo en las acciones. Me explico: en el centralismo democrático la minoría no sólo debe obedecer a la mayoría sino que también debe asumir *en el fondo* las tesis, ya que la mayoría como

<sup>8</sup> Léase un estudio ya clásico de G. SARTORI: «La rappresentanza politica», in *Studi Politici*, 1957, p. 539

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 542.

mayor aproximación a la unidad es científica y éticamente superior, conoce lo verdadero y lo justo, por lo cual no podrá, tras la adopción de la decisión por mayoría, presentarse públicamente como *minoría*. En el régimen democrático-liberal es condición necesaria (una de las «reglas del juego») que la minoría, aunque debe someterse a las voluntades de la mayoría, pueda mantener y difundir libremente sus propias tesis, que, apoyadas posteriormente por el sufragio popular, pueden convertirse a su vez en las de la mayoría. En la posibilidad de la minoría de convertirse posteriormente en mayoría se basan algunas de las más extendidas definiciones de democracia, por ejemplo la siguiente propuesta por Kelsen, que en realidad subraya más que otra cosa el hecho de que la mayoría para existir como tal debe reconocer dignidad política a la minoría: «La democracia, en sí, es precisamente sólo un principio formal, que somete el poder al examen de la mayoría, periódicamente, sin que por ello se garantice que esta mayoría vaya a determinar lo que es absolutamente bueno, justo. Pero el dominio de la mayoría se diferencia de cualquier otro dominio por el hecho de que, según su más íntima esencia, no sólo *presupone* conceptualmente una *minoría*, sino que la *reconoce* también políticamente y, coherentemente con el principio democrático, la *defiende* <sup>10</sup>. Dicha concepción de la democracia, sin embargo, puede confundir pues también un régimen autoritario podría en vía de principio tolerar la eventualidad que en el ámbito de sus órganos decisorios la mayoría de hoy deviniera la minoría de mañana, sin tener que aceptar que la minoría continúe manifestando la propia opinión tras la emanación de la decisión colectiva ni reconocer a esa ninguna dignidad política fundamental. La eventualidad de que la minoría se haga mayoría está en resumidas cuentas íntimamente conectada a la adopción del principio de mayorías como tal, sin posteriores adiciones o especificaciones, y no tiene un particular valor democrático. Dicha eventualidad no tiene como consecuencia, ni conceptual ni práctica, la atribución a las minorías de algún estatuto político o de algún «reconocimiento»: que se les permita, por ejemplo, presentarse públicamente como *minorías*, tras la votación por mayorías.

El principio de las mayorías implica un fuerte vínculo respecto a la voluntad de la minoría pues ésta deberá someterse a la decisión de la mayoría, y en el texto definitivo de la ley no existirá rastro de su posición originaria, excepto en el caso de que el texto sea el resultado de un compromiso entre las posiciones de la mayoría y las de la minoría. Dicho compromiso puede,

<sup>10</sup> H. KELSEN: *Socialismo e stato*, trad. it. de R. Racinaro, De Donato, Bari, 1978, p. 174, cursivas en el texto.

sin embargo, no ser necesario, y tampoco está conceptualmente implicado en el principio de mayoría. Se posibilita de esta manera una ulterior escisión entre las acciones del representante y las del representado, y la no derivabilidad de las acciones del representante de la voluntad del representado.

El requisito esencial que vincula un sujeto a determinada acción es que ésta pueda calificarse como un acto *suyo*. Frente al eclipse del elemento volitivo en el comportamiento del sujeto, tenemos la falta de la «suitas» es decir un comportamiento que no puede considerarse como propio del sujeto, *suyo*. Pero si libertad equivale a voluntad, decir «soy libre» es como decir «actúo libremente», o sea «quiero lo que hago». En consecuencia transferir voluntad puede equivaler a transferir libertad (y poder, si la libertad es poder sobre sí mismo), y una transferencia incondicionada e indiscriminada de voluntad a una transferencia incondicionada e indiscriminada de libertad.

Difícilmente podría sostenerse que el principio de las mayorías sólo es propio de los regímenes democráticos. Histórica y teóricamente el principio de las mayorías se encuentra reconocido tanto por instituciones de Derecho público como de Derecho privado <sup>11</sup>, y por los regímenes políticos más dispares, incluidos los dictatoriales o despóticos. (Las decisiones del Gran Consejo del Fascismo, por ejemplo, eran tomadas con un pleno respeto del principio de las mayorías.) La mayoría puede ser de *número*, o de *intereses*, dependiendo que se la calcule según el criterio «una cabeza un voto» o bien según un determinado criterio de unidad de intereses cambiantes (que pueden ser las cuotas condominiales o las accionariales en el Derecho privado, o bien los «estados» de una asamblea parlamentaria feudal). De esta manera se ha afirmado en repetidas veces la independencia de dicho principio de los valores de la democracia. Lo que es fundamental, en realidad, para definir un régimen «democrático» no es tanto la mera adopción del principio de mayorías cuanto la extensión de la clase de voluntad a la que éste se aplica. De manera que es el *sufragio universal* —como nos dice Bobbio— el que caracteriza a la democracia, y no el principio de las mayorías <sup>12</sup>. «Las reglas de formación de las decisiones colectivas en un grupo democrático —escribe también Bobbio— son más complejas, incluso si la regla principal es la de la mayoría. Son necesarias también otras reglas para establecer quién constituye el órgano que debe decidir, por mayoría, cómo debe ser calculada la mayoría, cuáles

<sup>11</sup> Al respecto cfr. F. GALGANO: *Il principio di maggioranza nelle società personali*, CEDAM, Padova, 1960.

<sup>12</sup> Véase N. BOBBIO: *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, en N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI: *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 62.



sean los límites de validez, de aplicación y de eficacia»<sup>13</sup>. En definitiva, bien visto, el principio de las mayorías «revela su naturaleza de expediente técnico» para la formación, o adscripción, de una voluntad de los cuerpos colectivos<sup>14</sup>. En realidad, el principio de las mayorías es todo lo contrario que intrínsecamente democrático. Para no desembocar en el dominio de la mayoría y en formas autoritarias e incluso violentas de organización debe presuponer —como nos recuerda Alessandro Pizzoruzzo— principalmente (i) una fuerte cohesión social del grupo al cual va a aplicarse, y también (ii) la generalizada aceptación de una actitud de tolerancia hacia el «disidente», el «otro», las «minorías» en general<sup>15</sup>.

En el método democrático, por otra parte, pueden resultar autoritarios no sólo los instrumentos (delegación de poder y principio de las mayorías), sino que puede ser autoritario el fin inscrito en éste método de regulación política de la sociedad. Hemos dicho, en efecto, que el método democrático es un método de formación de la ley. Esta, entendida como prescripción a la que en caso de trasgresión se atribuye una pena, puede ser producida por quien detenta el poder a través de varios procedimientos; el método democrático es sólo uno de éstos. La formación de la ley podría prescindir de la representación política o del principio de las mayorías, como ocurre por ejemplo en la monarquía absoluta donde la figura del monarca no es representativa de nadie que no sea Dios, y siendo el monarca un órgano individual no necesita del principio de las mayorías para la producción de sus decisiones. La ley es en esta acepción, como Derecho positivo estatal, la formalización del «poder» que se legitima y se convierte en «autoridad»<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> N. BOBBIO: «Decisioni individuali e collettive», en *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte politiche*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano, 1983, p. 24. Cfr. también N. BOBBIO: «Rappresentanza e interessi», en *Rappresentanza e democrazia*, a cura di G. Pasquino, Laterza, Bari, 1988.

<sup>14</sup> N. BOBBIO: *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, cit., p. 43. También es ésta la tesis de E. RUFFINI: *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Il Mulino, Bologna, 1977. Según Ruffini el principio de las mayorías no es una institución jurídica «sino una fórmula empírica para resolver determinadas situaciones en el ámbito de las colectividades» (ibid., p. 19). Sin embargo, cree que «en las más diversas situaciones históricas el principio de mayorías siempre ha sido contestado por el mismo adversario: el principio de autoridad, la intolerancia por parte de quien detenta el poder» (ibid., pp. 18-19).

<sup>15</sup> Véase A. PIZZORUZZO: *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, p. 43.

<sup>16</sup> Como es sabido, Alessandro Passerin d'Entreves —reformulando una idea de Max Weber— identifica tres formas fundamentales de manifestación del fenómeno del poder: la fuerza, el poder (concebido aquí en un sentido más específico), y la autoridad. Passerin d'Entreves explica el concepto de «fuerza» comparándolo al poder ejercido por un bandido, el concepto de «poder» comparándolo al poder del que dispone un policía, y por fin el concepto de «autoridad» aludiendo al poder ejercido por los «expertos». En el primer caso

En realidad, para juzgar el grado de adhesión de una organización política democrática a una condición de libertad de los ciudadanos, no deben considerarse sólo, los instrumenos (los procedimientos), sino también los resultados, los fines (las decisiones consideradas en sí mismas).

A través de la teorización de la soberanía popular y su introducción en el proceso de formación de la ley, y a través de la consiguiente ecuación «ley igual a voluntad popular» se resuelve el problema de la legitimidad del Estado que de esta manera llega a ser democrático. Aquí la legitimidad equivale a la legalidad, y la justicia es la conformidad con la ley <sup>17</sup>. Podríamos de esta manera convertir la afirmación según la cual el método democrático constituiría un medio de expresión del disenso en la tesis por la cual el método democrático constituye el trámite formal que permite —asumiendo la terminología de Alessandro Passerin d'Entreves— el paso del «poder» a la «autoridad», es decir, uno de los métodos posibles para la formación del consenso social respecto al poder constituido. Entonces la particularidad del método democrático parecería consistir en la indiferencia respecto a los contenidos en torno a los cuales tomó forma el consenso.

### 3. Instituciones y sociedad civil

El Parlamento es uno de los tres poderes tradicionales en que se articula el Estado liberal, es la sede del poder legislativo, el lugar de producción de la ley. En esta articulación del Poder político (en sentido amplio) entre Gobierno (poder ejecutivo, o poder político en sentido estricto), Parlamento (el poder legislativo) y Magistratura (el poder judicial) reside una de las diferencias más importantes entre el Estado de Derecho y el Estado absolutista. Esta tripartición gira en torno al concepto de ley (general y abstracta) y

---

(la «fuerza», el bandido), nos hallamos en presencia de «una situación de pura fuerza, de un nudo poder: una situación en la que, según la expresión corriente, la «fuerza prevalece sobre el Derecho». En el segundo caso (el «poder», el policía) estamos ante «una fuerza institucionalizada» y ejercida de conformidad con el Derecho. Por último, en el caso de la «autoridad» (el «experto» o el sabio) está implícito en este concepto el signo del reconocimiento por parte de otros de la *legitimidad* (que no debe ser confundida con la legalidad) del poder ejercido (véase A. PASSERIN D'ENTREVES: *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1967, pp. 9-10; A. PASSERIN D'ENTREVES: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Comunità, Milano, 1970, en particular el capítulo 2, y A. PASSERIN D'ENTREVES: *Il palchetto assegnato agli statisti e altri scritti di varia politica*, Angeli, Milano, 1979, pp. 91-93).

17 Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., pp. 58-59.

no sería posible en su ausencia. A su vez el concepto moderno de ley solamente es posible en el ámbito de la distinción de tres momentos más o menos independientes entre sí: la producción (la legislación), la aplicación (la administración), la decisión (la jurisdicción).

Aquí puede constatararse la diferencia entre Estado de Derecho y Estado democrático. En el primero la ley es el concepto cardinal del Ordenamiento jurídico; la legislación (el Parlamento) expresa sólo un momento de una acción compleja que culmina en un principio superior a los tres momentos individualmente considerados: la ley. En el Estado democrático el concepto fundamental es el de soberanía popular, según el cual el momento de producción de la ley (a través de la cual se expresa directamente esa soberanía) se considera principal respecto a los momentos sucesivos de aplicación y decisión, subordinados ya no a la ley en cuanto principio de organización del Estado (la ley en cuanto tal), sino a la expresión de la soberanía popular especificada en la ley.

Mientras que en el Estado de Derecho la ley es relevante por sus caracteres formales, en el Estado democrático la ley vale en tanto que a través de ella se expresa el proceso de deliberación popular. En el primer caso la ley constituye un valor en sí mismo, en el segundo asume sobre todo un valor instrumental respecto al fin de la soberanía popular. El Estado de Derecho se encuentra por consiguiente totalmente comprendido en el ámbito del Ordenamiento político-jurídico, todo se halla dentro del horizonte de la sociedad política. El Estado democrático, por el contrario, remite a un principio meta-jurídico (la soberanía popular), y encuentra su base en el ámbito de la sociedad civil. Mientras que en el Estado de Derecho la garantía de la libertad está constituida por la descomposición del Poder político (en sentido amplio) en tres subpoderes y en su sometimiento a la ley, en el Estado democrático esa garantía reside en el ingreso de las instancias de la sociedad civil en la dimensión política y por lo tanto en el sometimiento del Poder político (en sentido amplio) a las necesidades y a los derechos de la sociedad civil.

La división de poderes —como se ha afirmado en otras ocasiones— nunca resulta completa, se encuentra más bien sujeta a extralimitaciones recíprocas (competencias administrativas del Poder Judicial, competencias judiciales del Parlamento, etc.). Mucho menos es perfecta: la relación entre los tres poderes es a menudo desigual, desequilibrada en favor del Poder ejecutivo, que se reserva un mayor peso que los otros dos y posibilidades de determinar sus actuaciones. El Parlamento constituye de esta manera un ámbito, una

articulación, entre otras cosas cada vez más vacía de efectivo poder en el desarrollo de los Estados contemporáneos, del poder estatal. Las libertades garantizadas a los ciudadanos —lo que anteriormente denominábamos los «instrumentos»— se sitúan en la base de la pirámide institucional, y no constituyen una institución política verdadera y auténtica. En estos derechos podemos distinguir un *momento autoritario*, especificado en el establecimiento de la ley, y un *momento libertario*, o de autonomía de los ciudadanos que disponen de esta manera de una auténtica esfera formal de movimiento: estos dos momentos se encuentran entre sí en una situación de conflicto.

Cuando su fuente de legitimación y de producción no reside en los ciudadanos sino en el Parlamento (una parte de la sociedad política) los derechos pueden escapar al control y a la creatividad de quien es considerado su titular. Pero en el momento en que tales derechos corresponden a una acción concreta de los ciudadanos que desarrollan libremente su esfera de autonomía, —independientemente de su «fuente»— constituyen un espacio sustancial de libertad. Igualmente la verdadera garantía de su mantenimiento está en su pleno ejercicio por parte de los individuos y en la presión que éstos logran ejercer sobre la «sociedad política», procurando incansablemente controlar las ansias expansionistas. La libertad, por tanto, en un régimen democrático consiste sobre todo en esta tensión para hacer de los derechos formales situaciones sustanciales de la autonomía de los sujetos.

Las libertades civiles, incluso formalmente otorgadas (concedidas desde arriba) y constantemente expuestas a la acción de erosión del poder político que pretende —debido a una dinámica interna— expandirse hasta recubrir con su moho normativo el entero tejido social y determinar los ritmos de la vida de sus súbditos, hacen no obstante la vida vivible. Y éstas, colmadas efectivamente en la práctica cotidiana por los comportamientos colectivos, constituyen las murallas frente a la invasión del poder político.

Esta dinámica conflictual entre libertades civiles y públicos poderes revela la contradicción y el compromiso que se encuentran en la base de la instauración de los regímenes liberales. La contradicción y el compromiso se sitúan entre la reproducción ulterior de la autoridad y la afirmación de que ésta es emanación no ya de la Providencia sino de la «voluntad general», entre la reproducción de la jerarquía social y la afirmación de que ésta es la emanación del grupo social inferior entre la soberanía (según la cual la única fuente de Derecho es el Estado) y la subjetividad jurídica (según la cual el individuo parece tener una dignidad jurídica propia que el ordenamiento reconoce pero no atribuye). La posibilidad de mediar entre libertades civiles



y poder político, entre la exigencia de fundar el nuevo Estado y la necesidad de autonomía de los ciudadanos, pasa precisamente a través de la teorización de la «voluntad general», de una voluntad por lo tanto abstracta no anclada a las múltiples voluntades (e intereses) individuales y de grupos, sino expresión de un ente de derivación idealista: la Nación.

El nuevo poder (el Estado liberal ascendente) se legitima mediante un ente tan abstracto como la Providencia, precisamente la Nación. La teorización de la «voluntad general», de una voluntad que en realidad no existe, que se construye a través de un procedimiento meramente racionalista («ficciones de legistas», dirá Proudhon), permite transformar en representación aquello que a menudo sólo es *cesión* de voluntad, y superponer ideológicamente los actos de la asamblea legislativa a la voluntad de la Nación. Sin embargo, no se menosprecia la función «universalizante» desarrollada por tal categoría. La categoría de Nación puede ser utilizada como símbolo palpable de un interés general que no puede reducirse a la mera suma de los intereses individuales sin caer presa del egoísmo particularista. Subsisten los problemas vinculados, por un lado, a su fundamentación antirreflexiva (objetivista, naturalista o historicista) y, por otro lado, a su limitada capacidad «universalizante» (que es válida sólo para la Nación, y se transforma en un arma particularista hacia todo aquello que no es reconducible a la misma Nación).

En los regímenes democráticos la acción política de los ciudadanos puede reducirse a una operación de elección de los propios soberanos (o, más frecuentemente, de un tercio de los soberanos, es decir de los soberanos instalados en un *tercio* del espacio completo del Poder). El elector no determina la acción de su representante, simplemente le confiere la capacidad de querer en su nombre y en su interés<sup>18</sup>. La eliminación del mandato imperativo y de la representación corporativa —«cada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin mandato imperativo», reza el artículo 67 de la Constitución de la República Italiana— es la novedad revolucionaria del mecanismo electivo burgués, respecto al vigente en las anteriores asambleas feudales (Parlamentos, Estados generales, etc.). Es el resultado de una combinación de instancias «universalizantes» y de tendencias meramente centralizadoras y estatistas.

<sup>18</sup> Una parte relevante de la doctrina constitucionalista, negando que las elecciones den origen a una relación de representación, y negando por consiguiente que el Parlamento tenga algún carácter representativo, habla de la elección como de una «designación de capacidad», es decir como del mejor método de selección de los sujetos que constituyen el poder legislativo del Estado (cfr. cuanto escribe el «padre» del moderno Derecho Público italiano, V. E. ORLANDO: *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, en ID.: *Diritto pubblico generale. Scritti varii*, Giuffrè, Milano, 1940).

«En la actualidad es evidente —escribe Biscaretti di Ruffia— que la colectividad popular (aquella a la que el art. 67 Cost. italiana denomina Nación) carece de una verdadera voluntad autónoma que pueda ser representada, ni la Cámara, legislando, manifiesta una voluntad imputable al pueblo, y menos puede afirmarse que la Cámara, deliberando, dé consistencia propia a aquella voluntad de la colectividad popular, la cual, no siendo por sí misma sujeto de Derecho, no estaría en condiciones de manifestar voluntades precisas (...): puesto que la Cámara lleva a cabo deliberaciones que son indiscutiblemente suyas o, mejor dicho, siendo generalmente la Cámara sólo un órgano del Estado, deliberaciones del Estado mismo. Y la Cámara delibera con plena libertad, pudiendo cada uno de sus componentes actuar sin vínculo específico alguno respecto de sus electores, pero teniendo solamente presente, en *consciencia*, las aspiraciones, las tendencias y los intereses genéricos propios de los mismos»<sup>19</sup>. Este autor define la representación política, bajo el perfil de su fundamento jurídico, como *representación legal y necesaria*, puesto que «el carácter representativo de la *Cámara electiva* no debe (...) jurídicamente fundarse en la elección, en sí y por sí considerada (que más bien parece constituir sobre todo, a este respecto, una *condición* o un *presupuesto* establecido por el Ordenamiento positivo), sino que debe, al contrario, vincularse con las disposiciones contenidas en las disposiciones legislativas que le afectan (en Italia, por ej., el art. 67 Const.)»<sup>20</sup>. Las elecciones, según este punto de vista, no son el fundamento del carácter representativo de las deliberaciones de la asamblea electiva (pues tal fundamento se halla en el interior del Ordenamiento jurídico estatal en las normas del Derecho positivo), sino sólo una *condición* para la eficacia de tal representatividad, para su materialización, o sea, un *presupuesto* de hecho respecto a la norma legal. Esta interpretación se basa en otra tesis de Biscaretti di Ruffia, el cual tras haber distinguido la soberanía (entendida como «máxima potestad de gobierno») en *a*) fuente política de la potestad gubernativa; *b*) titularidad jurídica de la potestad gubernativa, afirma que solamente la soberanía *sub a*) puede ser atribuida al pueblo, mientras que la soberanía *sub b*) debe imputarse al Estado<sup>21</sup>. El pueblo, por lo tanto, no es *jurídicamente* soberano, no es el titular originario de la potestad de gobierno; en aquél puede hallarse sólo la fuente de legitimación *política* de aquella potestad. Dicho de otra manera, el problema del consenso

<sup>19</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Diritto Costituzionale*, Jovene Napoli, 1972, p. 269, cursivas del autor.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>21</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 61-62.

permanece extrajurídico, y se resuelve a través de una conexión *ideológica* (éste es el sentido del adjetivo «político» empleado por Biscaretti) entre el pueblo y la asamblea electiva. Dicha conexión ideológica (y no jurídica) se lleva a cabo a través del mecanismo de las elecciones.

Ante las dificultades para justificar democráticamente (con referencia a la voluntad de *todos* los sujetos miembros de una comunidad política) la representación política, hay también quien la funda en la diferenciación funcional de los roles sociales. La representación sería el resultado de una especie de «división del trabajo» por la cual en una cierta sociedad existirían ciertos individuos cuyo rol sería el de actuar en nombre del entero grupo social para la persecución de sus fines, y por lo tanto individuos cuyo «rol» sería el de aceptar (quizá digamos «sufrir») las decisiones tomadas en su nombre <sup>22</sup>. La «representación» es por tanto concebida como una forma cualquiera de dirección política, que se diferencia únicamente por el hecho de que los sujetos «competentes» para ejercer tal dirección son elegidos a través de un mecanismo particular: las elecciones. Por lo demás no existiría diferencia alguna entre un régimen político «representativo» (o democrático) y una organización política —supongamos— aristocrática. En esta perspectiva hablar de «soberanía popular» o de «gobierno del pueblo», tendría una función meramente ideológica o persuasiva. Para esta línea teórica entre democracia directa y democracia representativa existe solución de continuidad: se trata de dos formas políticas radicalmente distintas. Pero precisamente aquí esta construcción «funcionalista» de la representación política denuncia su límite: aquel de deber renunciar a la «idea directiva» de la democracia, a su mito fundante: *el gobierno del pueblo*.

#### 4. De nuevo sobre la división de poderes

Fundamental en la teoría político-constitucional liberal es la articulación del Poder institucional (o poder político en sentido amplio) en tres subsistemas: el ejecutivo (el Gobierno o poder político en sentido estricto), el legislativo (las Cámaras) y el judicial (la Magistratura). Esta es la teoría de la división

<sup>22</sup> Es ésta —en mi opinión— la idea central de F. J. LAPORTA: «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política; algunas propuestas para un debate», en *Doxa* núm. 6, 1989, pp. 121 y ss., e ID.: *Respuesta a Javier de Lucas*, loc. ult. cit., pp. 205 y ss.

de poderes que transmite la crítica aristocrática al absolutismo del Monarca en la organización del Estado democrático contemporáneo.

¿Pero qué se entiende en esta teoría por «poderes»: una institución, un *orden*, o una *función*? Es decir, ¿los tres poderes tradicionales constituyen «órdenes» separados o antes bien «funciones» distintas? La diferencia no es baladí, ya que en el primer caso la separación es radical, constituyéndose por tanto tres «estados» en el Estado, y en el segundo caso, por el contrario el Estado conserva su unidad articulándose en funciones distintas que en algún caso son incluso imputables a un único órgano. De la unidad del poder estatal no puede dudarse, y es tal la preocupación por no entorpecer esta unidad, que todas las constituciones liberales y democráticas han previsto mecanismos de fusión de los tres poderes, órganos de coordinación, extralimitaciones de ámbitos que habrían debido permanecer rigidamente separados desde el momento en que se asume la teoría. Así, en la Constitución italiana de 1948 el Presidente de la República es una especie de coordinador y supervisor, por los diversos cometidos constitucionales que desempeña, de los tres poderes separados. Y, por otra parte, cada poder (o «función») asume asuntos que, en términos estrictos si la división fuese coherente, no deberían competerle.

Ejecutivo, legislativo y judicial, entendidos en el significado clásico, sólo explican la distinta actividad de algunos órganos del Estado, *funciones* de un mismo poder público, o sin más *momentos* de un mismo razonamiento práctico (según la conocida representación de Kant en la *Metafísica de las costumbres*), y no distintos poderes cuya suma nos ofrecería la organización constitucional del Estado. El Estado crea y organiza los tres poderes, y no los tres poderes organizan y crean el Estado; de otra manera los órdenes y las corporaciones del feudalismo, aborrecidos por el nuevo derecho burgués, hubieran sido transferidos nada menos que de la sociedad civil a la sociedad política. De hecho, sin embargo, como la «función» tiende a convertirse en poder y a identificarse con el órgano que la ejerce, en la evolución del Estado liberal asistimos a ello: la ascensión de potentes «cuerpos independientes» orgullosos y celosos de su autonomía constitucional, y por lo tanto irresponsables el uno hacia el otro. Esto, lejos de articular el Estado según una estructura más flexible y abierta, lo mantiene rígido en bloques contrapuestos, privados de la consciencia de su rol originario e «ideológico»: el «desempeñar funciones públicas», el «estar al servicio de», el «representar e interpretar fielmente la voluntad de la Nación». Sin embargo algunos han creído percibir en esta mayor distancia, en esta separación entre los tres poderes (aunque



el proceso de corporativización es mucho más largo y extenso, y actúa mucho más allá de la tradicional división y mucho más allá del plano institucional), separación desarrollada también y principalmente respecto al resto de la sociedad (no sólo entre los poderes que constituyen la «sociedad política», sino igualmente entre «sociedad política» y «sociedad civil»), una garantía de una ulterior democrática y libertad.

La magistratura en Italia constituye un caso emblemático: su poder, su separación ha aumentado en virtud del progresivo madurar en sentido democrático de las Instituciones. En el Estado humbertino y en el fascista, el juez estaba sometido a fuertes condicionamientos por parte del ejecutivo. El estatuto albertino en su artículo 68 rezaba: «La justicia emana del Rey, y es administrada en Su nombre por los jueces que El nombra». De esta manera se establecía una relación de directa subordinación jerárquica entre el magistrado y el monarca constitucional <sup>23</sup>.

Marco Minghetti, por ejemplo, siguiendo los pasos de Locke, consideraba que la magistratura no configura un poder autónomo distinto del ejecutivo. Sólo distingue dos poderes dentro de la organización del Estado, la legislación y la administración. La función jurisdiccional sería una específica manifestación de la ejecución de la ley, de la administración: *la administración de justicia*. «La magistratura no debe ser situada en una esfera separada de la administración propiamente dicha; pues entre ambas existen ramificaciones en las que se divide la ejecución de la ley. Y por lo tanto no pueden existir más que dos únicas potestades, aquella que hace la ley y aquella que la ejecuta, la última de las cuales según el diferente objeto y el diverso modo de actuación se distingue en judicial y administrativa» <sup>24</sup>. Sin embargo, el hecho de que la magistratura no sea un poder *conceptualmente autónomo* respecto al ejecutivo no impide la configuración de ella como un poder *institucionalmente independiente*: «La justicia es en realidad una rama de la potestad ejecutiva, pero una rama que actúa independientemente» <sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sobre este asunto, no ha perdido nada de frescura y vigor F. S. MERLINO: *Politica e magistratura in Italia dal 1860 ad oggi*, Gobetti, Torino, 1925. Cfr. también M. D'ADDIO: *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966, y la más reciente aportación de C. GUARNIERI: *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 83 y ss.

<sup>24</sup> M. MINGHETTI: *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Zanichelli, Bologna, 1881, cit. en G. M. CHIODI: *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Laterza, Bari, 1969, p. 66. Sobre la relación de dependencia del poder judicial respecto al Ejecutivo en el periodo post-unitario pueden consultarse provechosamente las pp. 63-70 del citado trabajo de Giulio M. Chiodi.

<sup>25</sup> M. MINGHETTI: op. ult. cit., p. 39.

En la Italia republicana, tras un breve periodo de ajuste y «congelamiento constitucional»<sup>26</sup>, con la creación del Consejo Superior de la Magistratura, el juez adquiere una gran independencia. La independencia de la «función judicial» se confunde rápidamente con la autonomía del «orden judicial» que llega a ser potentísimo ya que es irresponsable y celoso de tal irresponsabilidad como de un elemento esencial del Estado democrático<sup>27</sup>. En ello, incluso, tienen su origen la politización del juez y movimientos como Magistratura Democrática, que atribuye un valor progresista a actos en sí autoritarios, dictados en la lógica del «orden», los cuales no obstante —se afirma— están dirigidos al «bien público» y al interés de las clases sometidas o a la realización de los principios constitucionales<sup>28</sup>. Tal actitud puede no obstante configurar una especie de despotismo iluminado para el que vale la máxima «todo para el pueblo, nada por el pueblo», llámesele «pueblo», «clases sometidas», «proletariado» o «sociedad civil», el ciudadano como tal no posee posibilidad alguna de participar en la función judicial. Y no sirve para modificar dicha opinión el ejemplo de los jueces populares (jueces «laicos») que constituyen los *Corti di Assise*<sup>29</sup>, ni el argumento de la «pasividad» e «imparcialidad»

<sup>26</sup> Cfr. E. CHELI: *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, en particular las pp. 56-59, 158-161 y 169-173.

<sup>27</sup> A favor de la introducción de la responsabilidad política del juez como aplicación del principio constitucional de la soberanía popular (art. 1 de la Constitución Republicana) se pronuncia Cheli, a cuyas observaciones reenvío: cfr. E. CHELI: *op. cit.*, pp. 143-149. Al respecto, véase CAPPELLETTI: *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>28</sup> Es curioso que los sectores de la magistratura más comprometidos en sentido democrático, que se proclaman intérpretes, vehículos de la soberanía popular, sean convencidos mantenedores de la separación del propio «orden», al excluir cualquier forma de responsabilidad del juez. El «proclamarse intérpretes» de la soberanía popular (que ya se encuentra en el encabezamiento de la sentencia) permanece de esta manera vinculado al compromiso del magistrado concreto, a sus convicciones ideológicas, y no a algún mecanismo institucional que instaure el contacto directo entre función judicial, magistratura y sociedad civil. Sobre esta conexión institución judicial-sociedad civil advierte de su exigencia el Secretario de Magistratura Democrática en su informe al 4.º Congreso de la asociación (vid «Magistratura Democrática», marzo—junio 1879), mas dicha conexión se define en el reconocimiento de Magistratura Democrática como «articulación de la sociedad civil». Se define M. D. como «articulación de la sociedad civil» en tanto en cuanto esta asociación reivindica la independencia y la especificidad del propio rol del juez: «Hemos definido M. D. como articulación de la sociedad civil precisamente por ésta su ubicación no ya en el terreno de las políticas generales sino principalmente en el de las asociaciones que actúan por segmentos de fines generales».

<sup>29</sup> «Las vivas críticas dirigidas a la actual composición de los *Corti di Assise* —escribía hace ya más de veinte años Girolamo Bellavista— merecen plena solidaridad. Los jueces populares a menudo se asemejan, frente a las iniciativas y a las opiniones del Presidente, a los dos últimos invitados de la manzoniana mesa de Don Rodrigo. El juez colegial se convierte en tales casos en *bicrático*, cuando no *monocrático*. El sistema es el fruto de un compromiso entre la legislación fascista y la carta constitucional (art. 102 *in fine*), que quiere la intervención popular en la administración de justicia; pero el compromiso convierte la participación en una especie de despreciable intervención pasiva, debido a la práctica sujeción

propias de la actividad judicial. El argumento de la «pasividad» del juez, o mejor el de la posibilidad concedida al ciudadano de poner en marcha la actividad judicial, contrasta con el hecho de que el juez tiene un cuasi exclusivo poder de valoración respecto a las demandas e informaciones que le llegan del ciudadano. El argumento de la «imparcialidad» requeriría ser precisado. No es que los jueces sean una raza aparte dotada por algún hecho genético de la virtud de la imparcialidad. La imparcialidad de la que se habla a propósito de la actividad judicial no se refiere a las cualidades del hombre que desarrolla aquella actividad, sino a las cualidades de los procedimientos que regulan la actividad misma. Es el procedimiento judicial el que es (o debería ser) imparcial. Y para que ello suceda no es suficiente con que esté dirigido por un señor con toga y peluca, vencedor de una oposición.

El método democrático, la representación y el principio de las mayorías, valen sólo para el legislativo. No se aplican al ejecutivo y al judicial. El diputado es elegido; pero ¿quién elige al juez o al general? Aquí son válidos criterios de carrera o de subordinación, criterios de mérito o de antigüedad, cuando no son clientelistas. El juez está separado de la sociedad civil en la misma medida en que lo está el general. Su acceso al cargo, como por lo que concierne al burócrata, tiene lugar a través de un proceso que es principalmente un proceso de cooptación <sup>30</sup>. Ningún control, ninguna posibilidad de influencia sobre las decisiones puede ser ejercido por los ciudadanos en cuanto cuerpo colectivo <sup>31</sup>. Lo cual responde ciertamente en parte a la exigencia de imparcialidad que es el elemento central y definidor de la función judicial. La determinación de un hecho, de la verdad de una declaración, y de la violación de la ley no puede ni debe depender de criterios de mayorías. No se puede no estar de acuerdo con Luigi Ferrajoli cuando escribe que

---

del juez popular a la *opinio delicti*, o no, del Presidente» (G. BELLAVISTA: *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 168, cursivas en el texto).

<sup>30</sup> Cfr. U. RESCIGNO: «Divisione dei poteri», en *Dizionario critico del diritto*, a cura di Cesare Donati, Savelli, Roma, 1980, p. 97.

<sup>31</sup> La independencia (independencia del poder ejecutivo) del juez ha sido a menudo confundida con su *separación* (independencia de la sociedad civil). Por lo que concierne a la separación no nos consta que un ordenamiento jurídico estatal, sino en formas muy limitadas en los países anglosajones (donde el Derecho es esencialmente consuetudinario), se haya preocupado nunca de reducirla o superarla. Por lo que afecta a la independencia respecto al poder ejecutivo, es necesario *in genere* distinguir entre las dos ramas de la magistratura, el juez y el fiscal. En Italia hasta que no fue creado el Consejo Superior de la Magistratura, si formalmente la judicatura resultaba ser independiente, no podía decirse lo mismo del fiscal. Respecto a la actual situación de la justicia en Italia, cfr. A. PIZZORUSSO: *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Nuova ed. riveduta e aggiornata, Einaudi, Torino, 1988, pp. 135 y ss.

«ninguna mayoría puede volver verdadero aquello que es falso, o falso lo que es verdadero, ni por lo tanto puede legitimar con su consenso una condena infundada por emitida sin pruebas»<sup>32</sup>. La misma preocupación se encuentra en la base de las críticas contra aquellas teorías, como la filosofía de Habermas, que intentan hacer de la verdad y de la justicia una cuestión de consenso, y por consiguiente a fin de cuentas de mayorías<sup>33</sup>. Sin embargo, en un sistema político que se dice democrático la actividad jurisdiccional no puede ignorar una referencia más que formal a la voluntad popular, por ejemplo en lo que se refiere a la composición de los órganos judiciales o a través de la introducción de una responsabilidad real del juez por decisiones tomadas despreciando la ley, los principios constitucionales, o los más generales principios de equidad.

El poder ejecutivo, la administración pública, están organizados y desarrollan su función específica no según el método democrático (prescindiendo de su origen popular), sino según el método *jerárquico*. No deben respetar principio alguno de imparcialidad o de equidad. La permanencia de la institución Ejército, que se articula según una escala graduada de autoridad que es máxima en su cima y nula en su base, la supervivencia en el tejido del Estado democrático de esta institución no reformada que socava la dignidad del ciudadano convertido en soldado, descubre los problemas del régimen democrático como mera fórmula organizativa<sup>34</sup>. El ejército, toda la administración pública, el ejecutivo, funcionan según el principio de jerarquía<sup>35</sup>. Y este principio es difícilmente limitable. En consecuencia, si la transparencia, la publicidad, es uno de los requisitos del régimen democrático, y tal publicidad es el resultado de ciertos procesos de formación de la voluntad colectiva basados en el contraste y en la discusión abierta de las alternativas en cuestión, y en el control de las normas y de la actividad de quien es llamado a realizar las decisiones colectivas, al menos por lo que se refiere al poder ejecutivo, tal publicidad se encuentra ausente en gran medida. Diverso es el discurso por lo que concierne al poder judicial, que se distingue del ejecutivo justamente

<sup>32</sup> L. FERRAJOLI: *Op. cit.*, p. 155.

<sup>33</sup> En este sentido se desarrolla la crítica de Otta Weinberger tanto a Habermas como a Alexy. Léase, por ejemplo, O. WEINBERGER: «Conflicting Views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy», en *Ratio Juris*, 1992, pp. 251-268.

<sup>34</sup> Sobre la incompatibilidad entre la tradicional organización de un ejército y los principios democráticos, léanse las páginas de C. LEVI: *Paura della libertà*, III ed., Einaudi, Torino, 1975, pp. 95 y ss.

<sup>35</sup> Sobre el principio de jerarquía en la actividad de la administración pública, cfr. G. ZANOBINI: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I («Principi generali»), Giuffrè, Milano, 1958; C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, Cedam, Padova, 1975, pp. 608-610.



porque está sometido a ciertas formas que determinan sus decisiones, la primera de las cuales es la obligación de motivación de las sentencias que en la Constitución republicana italiana ha sido sancionada en el artículo 111.

## 5. Transformación social y libertades civiles

Hay quien sostiene que el método democrático es un instrumento de transformación de la sociedad en sentido antiautoritario. En realidad, el método democrático, que —como hemos visto— puede ser también uno de los métodos posibles para establecer quién debe emitir la orden, y estar en el vértice de la escala jerárquica de la sociedad, no discute (si acaso puede templarlo) el principio de jerarquía. Por ello se puede sostener que se trata de un método de organización, de estructuración, del poder político y de la jerarquía social. Por tanto, es forzado afirmar que constituya como tal, por una especie de lógica interna, un instrumento de transformación social.

No solamente el método democrático es un método de organización del poder político, sino que puede serlo también de *este* poder, del poder vigente, ya que puede no discutir la estructura total del Estado y el funcionamiento general del sistema, del que constituye un engranaje. Sólo la *identidad* de las élites puede ser alterada por los resultados de una elección política, no el *sistema* de las élites políticas<sup>36</sup>. De esta manera el método democrático: 1) puede ser conservador pues organiza *este* poder (el poder vigente), porque se refiere a las reglas del juego allí donde el juego consiste en la circulación de las élites políticas; 2) no puede ser libertario en cuanto organiza *el* poder, o sea en cuanto que es método de composición de una escala jerárquica.

El método democrático es uno de los modos de formación de la clase política (los gobernantes, el Poder). Sobre ello es explícito Kelsen para el cual la teoría de la representación política es pura ideología que tiene el cometido «de ocultar la situación real, de mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que, en realidad, la función del pueblo —formulada

---

<sup>36</sup> Entiendo aquí «elite política» en el sentido en el que Mosca habla de «clase política» (o «clase de los gobernantes»). Para Mosca, en toda sociedad «existen dos clases de personas: la de los gobernantes y la de los gobernados. La primera, que es siempre la menos numerosa, ejecuta todas las funciones políticas, monopoliza el poder y goza de las ventajas que están unidas a éste; mientras que la segunda, más numerosa, está dirigida y regulada por la primera de una manera más o menos legal, es decir, más o menos arbitraria y violenta, y le ofrece, por lo menos aparentemente, los medios materiales de subsistencia y aquellos que son necesarios para la vitalidad del organismo político» (G. MOSCA: *Elementi di scienza politica*, vol. 1, Laterza, Bari, 1953, p. 78).

más exactamente, del cuerpo electoral— se limite a la creación del órgano legislativo»<sup>37</sup>. Sartori critica la posición de Kelsen, admitiendo que «las elecciones son un modo, uno sólo entre los modos utilizados con la finalidad de designar a los gobernantes»<sup>38</sup>. Rechaza la radicalidad de la crítica kelseniana, ya que el hecho de que los gobernantes sean elegidos a través de el método democrático tiene, en su opinión, efectos determinantes sobre su actuación (sobre su «cómo» gobernar). Por lo tanto, para Sartori las elecciones no se configuran como un «nombramiento», sino como un «poder»: «El error (...) ha sido el de considerar las elecciones como un *nombramiento*, mientras que por el contrario son un *poder*, y un poder *recurrente*, de nombramiento. Esta es toda la diferencia, pues quien detenta el poder de confirmar o no, con determinados intervalos, a un dirigente, mantiene un poder *continuo* sobre él»<sup>39</sup>. Más recientemente Alessandro Pizzorno ha denunciado la ilusión de que la democracia garantice «libertad de elección de políticas» identificándola al respecto por el contrario en el hecho de permitir la «libertad de identificaciones colectivas»<sup>40</sup>.

Recapitulando, el régimen político democrático se compone fundamentalmente de tres elementos: i) el método democrático (representación política y principio de las mayorías), para la formación y el funcionamiento de la institución destinada a producir las leyes; ii) la división de los poderes constitucionales del Estado; iii) las libertades civiles garantizadas al ciudadano. Como ya se ha dicho, el método democrático es eficaz, en la casi totalidad de los regímenes políticos democráticos, sólo respecto a un tercio del territorio constitucional completo. Además, hemos visto cómo la representación política puede limitarse a una transferencia incondicionada e indiscriminada de la voluntad de un sujeto hacia otro sujeto: transferencia en que la supuesta identidad (o representación) de intereses entre el representante y el representado no es suficiente para diferenciarla de una relación institucional de jerarquía. El «superior» se diferencia del «representante» sólo cuando éste último se presenta como intérprete de la voluntad de su «inferior»; pero todo representante (en la relación configurada por la representación política, tal y como ésta se presenta en los Estados democráticos actuales) es respecto a sus representados una especie de «superior».

<sup>37</sup> H. KELSEN: *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, trad. it. de S. Cotta y G. Treves, Comunità, Milano, 1952, p. 296.

<sup>38</sup> G. SARTORI: *La rappresentanza politica*, cit., p. 573.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 574.

<sup>40</sup> Véase, A. PIZZORNO: *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Feltrinelli, Milano, 1993, capítulo cuarto.

Una de las justificaciones ideológicas más frecuentes de la relación de jerarquía utiliza el argumento según el cual el «superior» interpretaría los intereses del «inferior», incluso en ausencia de una relación fiduciaria explícita y expresa. Ni siquiera la *Führerschaft* prescinde de esta legitimación, basándose en las capacidades excepcionales del «jefe», en su «personalidad», pero sin olvidar subrayar que él «interpreta» y «representa» los intereses de la *Gefolgschaft*, de la masa <sup>41</sup>. La llamada representación «orgánica» puede tranquilamente excluir cualquier vínculo electoral entre «representante» y «representado» y una voluntad explícita del «representado». Biscaretti di Ruffia define la representación política como «representación de los intereses generales» <sup>42</sup>, excluyendo que pueda configurarse por el contrario como representación de voluntad: ello es impedido por la prohibición del mandato imperativo y la genericidad (generalidad) del sujeto representado. Por consiguiente, si «representación orgánica» y «representación de los intereses generales» difieren por la presencia, en la estructura de la segunda, de un mecanismo electoral, se asemejan bastante por el lugar que conceden a la voluntad efectiva del «representado». La relación entre «superior» y «representante» puede ser la de *genus ad speciem*, si el «representante» es concebido como un «superior» que está periódicamente sujeto a la «responsabilidad política» (o sea al examen del electorado).

El concepto de responsabilidad política merece alguna explicación más ya que suministra, en la imposibilidad de demostrar una real correspondencia de voluntad entre «representante» y «representado», la justificación ideológica de la representación política. El ciudadano —se mantiene— tiene la posibilidad de «juzgar» la actuación del parlamentario, al cual le había concedido a través del voto la propia confianza, confirmándosela o negándosela en las nuevas elecciones. Sin embargo, parte de la doctrina constitucionalista se muestra perpleja respecto a la noción de responsabilidad política, por lo menos allí donde el acento se sitúa sobre el sustantivo; la responsabilidad política difícilmente podría de esta manera reconocerse como responsabilidad *jurídica*

<sup>41</sup> Sobre la relación entre el jefe carismático, el *Führer*, y su pueblo, léase la bella página de T. MANN: *Mario und der Zauberer. Ein tragisches Reiseerlebnis*, en ID.: *Die Erzählungen*, Fisher, Frankfurt an Main, 1986, p. 831.

<sup>42</sup> «La representación política se presenta (...) como la "representación integral y genérica de los más dispares intereses de una colectividad concreta" y por lo tanto como una *representación de intereses generales, o políticos* (ROMANO): Y la *responsabilidad política* que determina actúa sólo en el momento de la disolución de la Cámara, cuando los miembros de la colectividad representada, con ocasión de su reconstitución electiva, pueden juzgar si la antedicha labor representativa haya sido, o no, satisfactoriamente desempeñada por sus parlamentarios» (P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Diritto costituzionale*, cit., p. 270).

e institucional. Si por el contrario ponemos el acento sobre el adjetivo, la responsabilidad podría reconocerse, como el resultado de la relación existente entre «hombres políticos» y «opinión pública», según la cual la actuación de aquéllos condiciona la disposición de ésta; y por consiguiente en un contexto extrainstitucional y totalmente desvinculado del vínculo electoral entre «representante» y «representado». Giuseppe Ugo Rescigno distingue entre: a) responsabilidad política difusa, y b) responsabilidad política *institucional*. Mientras el primer tipo de responsabilidad (la difusa) sería concretamente existente, pero se exigiría no sólo respecto a los electores, sino también respecto a los no electores, el segundo tipo de responsabilidad política (la institucional), no podría encontrarse en el Ordenamiento republicano. De hecho, para que la no reelección pueda considerarse como sanción de la responsabilidad política, deberían verificarse dos condiciones: i) que el sujeto elegido como parlamentario estuviera *obligado* a presentarse otra vez como candidato a las nuevas elecciones; ii) que la eventual reelección estuviera sujeta *institucionalmente* (según procesos institucionalizados) a un juicio de naturaleza política. Como estas dos condiciones no se verifican, la responsabilidad política *institucional* no existe. Por consiguiente, la única responsabilidad política operativa es la responsabilidad política difusa, que no obstante sólo puede considerarse *responsabilidad* en sentido impropio <sup>43</sup>. Virgilio Mura, a propósito de la responsabilidad política, habla de «representación-sustitución» (designación de los capaces en lugar de los incapaces), y observa como en el régimen representativo «el consenso “no existe sino que sobreviene”, el elector no “actúa” sino que “reacciona”, la iniciativa política va de arriba hacia abajo y no al contrario”. Ocurre, entonces, que precisamente la teoría de la «responsabilidad política» (versión jurídica refinada de la idea de un consenso posterior a la voluntad del «representante») reconfirma el carácter jerárquico de la *representación* política: la relación «representante»-«representado» se desarrolla según una corriente descendente y no ascendente <sup>44</sup>.

Pero el dato que nos ofrece, por ejemplo, el panorama parlamentario italiano (una muy fuerte continuidad y estabilidad de la clase política) debería hacer reflexionar más sobre la eficacia de la «responsabilidad política» frente a la creciente especialización e institucionalización de la función política, y sobre el arraigo de tal función en un sistema rígido de partidos.

<sup>43</sup> Véase G. U. RESCIGNO: *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, en particular, pp. 103 y ss.

<sup>44</sup> Véase V. MURA: «Rappresentanza politica», en *Il Mondo Contemporaneo*, vol. IX: «Politica e Società, 2», La Nuova Italia, Firenze, 1979.



Por lo que concierne al principio de las mayorías, éste no puede apoyarse jurídicamente más que sobre una ficción: la mayoría prevalece en cuanto se hace totalidad. La mayoría finge, siendo una parte, ser el todo; en consecuencia, la otra parte, la minoría, desaparece, se anula de derecho <sup>45</sup>. También la relación mayoría-minoría puede así recorrer de nuevo el cauce de la relación jerárquica. El principio mayoritario puede, sin contradecirse, ser utilizado contra los derechos fundamentales. «A legally unrestricted majority rule —escribe Hannah Arendt—, that is, a democracy without a constitution, can be very formidable in the suppression of the rights of minorities and very effective in the suffocation of dissent without any use of violence» <sup>46</sup>. Paralelamente, en el ámbito del Derecho privado, el principio mayoritario corre el riesgo de colisionar con el principio fundamental de autonomía privada: «se os presenta como aquello que somete a algunos individuos a la voluntad de otros en un sistema regido por el principio según el cual nadie puede ser obligado más que por la propia voluntad, atribuye a la declaración unilateral de algunos individuos eficacia vinculante para otros en un sistema en el cual las declaraciones de voluntad no producen efectos para los terceros» <sup>47</sup>.

Ronald Dworkin, entre otros, defiende la «idea crucial» según la cual «la democracia no es lo mismo que el principio de las mayorías», y por consiguiente la tesis que «en una verdadera democracia la libertad y las minorías encuentran protección jurídica en forma de una constitución escrita que ni siquiera el parlamento puede modificar para adaptarla a su capricho y a sus políticas» <sup>48</sup>.

<sup>45</sup> «Desterrada toda reflexión sobre su oportunidad política y su valor moral, los romanos se preocuparon principalmente de dotarlo de una formulación jurídica exacta, clasificándolo en el ámbito de los fenómenos jurídicos. Los jurisconsultos consiguieron estos a través de esta ficción legal: lo que la mayoría ha hecho, debe considerarse como si hubiera sido hecho por todos. «Refertur ad universus quod publice fit per maiorem partem» (Ulpiano). «Quod maior pars curiae efficit, pro eo habetur ac si omnes egerint» (Scaevola). Ningún vínculo jurídico, por lo tanto, entre mayoría y minoría. El derecho objetivo no reconoce más que a la primera; por ello la mayoría es todo, la minoría no es nada. La de los romanos fue la primera, quizás la única, palabra decisiva que haya sido dicha sobre el principio mayoritario. La fortuna de aquella ficción suya será muy grande en el medievo. Ni siquiera hoy el pensamiento jurídico ha ido mucho más allá» (E. RUFFINI: *Il principio maggioritario (profilo storico)*, Adelphi, Milano, 1976, pp. 21-22). Como conclusión de su trabajo, Ruffini escribe que «desde un punto de vista sustancial y en un plano más profundo, el principio incompatible por excelencia con el principio mayoritario es el de jerarquía».

<sup>46</sup> H. ARENDT: *On Violence*, ahora en ID.: *Crises of the Republic*, Penguin, Harmondsworth, 1973, p. 111.

<sup>47</sup> F. GAGLIARDI: «Principio di maggioranza», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, p. 293.

<sup>48</sup> R. DWORKIN: *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London, 1990, p. 13.

Se advierte por lo tanto en muchos puntos un desajuste o, es más, tensión, entre los dos elementos que componen el régimen democrático. Representación y principio mayoritario de un lado y derechos del otro no pueden más que mirarse con recíproca sospecha. La tensión entre derechos de un lado y aparato institucional democrático del otro se encuentra también en el origen de ciertas propuestas comunitaristas recientes. «As hearers of rights —escribe Michael Sandel— where rights are trumps, we think of ourselves as freely choosing, individual selves, unbound by obligations antecedent to rights, or to the agreements we make. And yet, as citizens of the procedural republic that secure these rights, we find ourselves implicated willy—nilly in a formidable array of dependencies and expectations we did not choose and increasingly reject»<sup>49</sup>. El problema es, sin embargo, que tales observaciones desembocan en una infravaloración de los derechos en favor de los deberes, y en la materialización y —por decirlo así— moralización de éstos últimos de deberes hacia la ley en obligaciones hacia la comunidad, allí donde esta última es concebida como la fuente de la identidad «verdadera» del sujeto<sup>50</sup>.

La división de poderes, aunque siempre imperfecta, es un «efecto» (y no una «causa») de la Constitución del Estado, del cual no discute la unidad y la naturaleza, incluso puede contribuir a desarrollar dinámicas corporativas que, sin embargo, no implican de por sí ninguna potencialidad liberal. La división de poderes de la teoría constitucionalista es completamente interna a la forma Estado tradicional, asentada sobre la noción de soberanía, se sitúa en el interior de la relación jerárquica existente entre sociedad política y sociedad civil subordinando la segunda a la primera. Dividir un poder inmutado en sus atribuciones y en su cualidad no significa de hecho transformar la cualidad. Como para la ley (el Derecho positivo estatal), así también para el poder, no basta multiplicar (quizás hasta el infinito) los sujetos productores de aquélla o los sujetos detentadores de éste para modificarle el sentido y la naturaleza.

Las libertades civiles, el elemento más interesante y «progresista» de la estructura político-jurídica del Estado democrático, actúan concretamente en la medida en la que están colmadas por la sustancia de la acción de los ciudadanos y llegan a ser un arma de la tensión libertaria del individuo. Democraticidad significa también «turbulencia»<sup>51</sup>, es decir: i) un régimen

<sup>49</sup> M. SANDEL: «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», en *Political Theory*, 1984, p. 94.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, *ibid.*, pp. 90-91.

<sup>51</sup> Cfr. A. CAFFI: «Cristianesimo e ellenismo», en *Tempo presente*, maggio 1958, p. 358. Una interpretación análoga de la democracia nos es ofrecida por Claude Lefort

político que no está encerrado en sí mismo sino que al contrario está abierto a las instancias provenientes de la sociedad, aceptando el riesgo de inestabilidad que ello comporta inevitablemente; ii) una estructura social preparada para rediscutir los propios criterios de justicia y de redistribución de la riqueza. Existe un nexo inescindible —como ha sido subrayado con fuerza por John Rawls— entre democracia y «sociedad bien ordenada», es decir *justa*.

En definitiva, el concepto de democracia es altamente normativo, y cualquier planteamiento descriptivo respecto a ella termina por no comprender la importancia y corre el riesgo, si es tomado en serio, de desnaturalizarla. Como bien dice Giovanni Sartori, «el punto de vista descriptivo conduce a definiciones que tienen escasa o incluso ninguna semejanza con las definiciones normativas de democracia. La descripción de lo que la democracia es en el mundo real casi no hace referencia a la noción de pueblo»<sup>52</sup>. He aquí, el porqué de la turbación de tantos científicos políticos y sociólogos respecto a esta noción, y su testarudo intento de reducirla a cualquier otra cosa: a sistema de *élites*, a poliarquía, a competencia. La misma turbación surge respecto a la noción de derechos fundamentales: son interpretados como simples *inputs* de procesos decisorios o como instrumentos para la implementación de las decisiones institucionales (como instrumentos para la asignación de bienes económicos, por ejemplo). Pero la democracia es principalmente un ideal normativo: *el gobierno del pueblo*. Y los derechos fundamentales giran en torno a un concepto moral: el de *persona humana*. Sin esta referencia ideal los regímenes democráticos pierden su sentido, su *idée directrice* y son condenados a la decadencia. Reglas y procesos no son suficientes para definir, y para darnos, la democracia. Es necesario que un «sentido» oriente, y dé contenido, a aquellas reglas y a aquellos procedimientos.

El garantismo en definitiva es bien poca cosa si equivale al control plurilateral entre poderes, culminando en un sistema de recíprocos condicionamientos institucionales entre los órganos constitucionales del Estado: el sistema de los «pesos y contrapesos» que impide a un órgano, cualquiera que sea su posición constitucional, elevarse decisivamente sobre todos los otros. En esta acepción del garantismo las libertades civiles tienen un rol marginal: no figuran autónomamente, resultan y están incluidas en el intervalo del oscilante juego de equilibrio de poderes. El garantismo llega a ser por el contrario bastante relevante si pasa a ser de teoría de la forma política

cuando alaba la «fuerza de subversión del orden establecido» insita en los regímenes democráticos (véase C. LEFORT: *L'invention démocratique*, Fayard, Paris, 1981, p. 24)

<sup>52</sup> G. SARTORI: *Democrazia e definizioni*, III ed., Il Mulino, Bologna, 1972, p. 324.

a teoría de los derechos civiles. En el primer caso, las libertades civiles encuentran su justificación en los espacios dejados abiertos por poderes mutuamente celosos y sospechosos; en el segundo ya no asumen un valor instrumental y sirven para determinar los ajustes y las modificaciones de las formas políticas. La *Grundnorm* para este garantismo normativo sustancial reside en los principios metajurídicos de la Constitución, y ya no en el compromiso logrado por los poderes del Estado.

